

保険契約法における政策的立法

花 房 一 彦

は し が き
本 論

第一節 契約自由の原則の補正

一 緒言

二 契約内容に関する政策

(1) 本質的構成部分に関する政策

A 要素の合意の直接的効果に関する

政策的立法

B 要素の合意の演繹的效果に関する

政策的立法

(2) 非本質的構成部分に関する政策

A 個人の利益調和を基礎とする政策的立法
B 社会的利益調和を基礎とする政策的立法

三 契約締結に関する政策

A 個人の利益調和を基礎とする政策的立法

的立法

B 社会的利益調和を基礎とする政策的立法

的立法

第二節 その他の政策

あとがき

は し が き

保険契約法における指導原理・基本的理論の中心をなすものは、契約法一般におけると同様に、個人意思の自治・契約自由の原則である。

保険契約法においては、契約自由の原則に基づく規定が存するとともに、この原則を補正（補充・修正）するところの規定が少からず存している。本稿は、保険契約法において、基本的理論の補正立法^①政策的立法（立法政策に基づく立法）^②が、契約自由の原則に関するものを中心として、いかなる姿で存在しているか、またいかにあるべきかを考察するものである。

（１） 政策とは、通常、一定の目標達成のためになされる国家の方策を意味している。立法政策は、一定の法目的を法定法によって実現するために、実践的見地からなされるところの国家の方策である。一定の法分野における立法政策は、一般論としては、その分野における基本的理論の立法策と、その補正立法策を含んでいる。前者の立法策にあつては、理論の確認と、いかなる範囲でそれを具体化・立法化するかが問題となるに對し、後者の立法策にあつては、立法の社会的効果・利害得失の考量が重要な課題となる。また、補正策が現実的に拘束力を有するためには、立法によってそれを実現することが必要である。したがって、実践的見地においては補正立法策は甚だ重要であり、少くとも契約法の分野では、立法政策の重点的課題は、質的には、補正立法にあるといつても過言ではないであろう。そのような意味で、本稿では、立法政策における「政策」を理論の補正策という狹義において位置づけている（野津「新保険契約法論」序文五頁、六頁も、本質論と政策論とを区別され、後者は前者の制限・修正として位置づけられており、また、野津「保険政策論」二五頁では保険法における政策を契約自由の原則の修正として捉えられている。また、一般論としても、政

策なる語は、理論を内包するものとしてではなく、理論と対立する意味をもちうるようである。このことについて、井上「法規範の分析」一三〇頁参照。）

(2) これは、保険契約に関する立法政策——保険契約政策——の問題として位置づけることができる。保険契約政策は、保険に関する国家の方策のうち、私営保険に関する政策に属している。私営保険政策は、事業形態、事業主体の作為・不作為的行為の監督規制と保険契約を対象としている。これは、保険事業政策と保険契約政策に区分されうる。保険事業政策は、保険業法、保険募集の取締に関する法律等によっており、保険契約者、損害保険における被保険者、生命保険における保険金受取人、危険団体および社会一般の利益保護をはかる見地より、前提理論たる保険事業の自由の原則に対する規制を行うものである。

本 論

第一節 契約自由の原則の補正

一 緒 言

契約自由の原則からいえば、契約の要素・成立要件について合意がなされれば、無条件で合意どりの契約上の効力を生じ、また意思の合致が存しないところには契約は存しないのが建前である。しかし、契約自由の原則の補正たる保険契約政策は、契約内容に介入して、これを変更もしくは補充し、或いは契約の締結に条件を付して効力の発生に制限を加えるものである。すなわち、この保険契約政策は、保険契約の本来の効果によるのでは実際上の見地においては不都合を生ずる場合、すなわち契約本来の効果によるのでは契約当事者間における個人的利益調

和をはかりえない場合または社会的不利益をもたらすと考えられる場合において、利益関係の調整のための立法を行うものである。

保険契約政策——契約自由の原則以外の一般理論の補正策をも含めて——における利益関係の調整方法は、個人的利益の不調和に対処する場合と、社会的不利益に対処する場合とで異なっている。前者にあつては、信義則——社会的利益（契約当事者以外の者の利益・社会一般の利益）との関係において不調和を来さない範囲内で個人的利益調和をはかる——を基準とし、後者にあつては、契約当事者の個人的利益との関係において不調和を来さない範囲内で社会的利益に配慮することである。後者の方法は具体的には、社会的利益調和をはかるに適當と考えられる方法が個人的利益を侵蝕しないときはその方法により、個人的利益を侵蝕するときは個人的利益関係との比較考量によるということである。すなわち、その方法をとることによる個人的不利益とその方法をとらないことによる社会的不利益との比較考量において社会的不利益の方が大きいと判定されるときはその方法により、個人的不利益の方が大きいと判定されるときは、その方法によらないで、他の方法を考慮すべきものとなる。社会的利益調和を基礎とするこのような利益調整の方法は、個人意思の自治の原則の平面で契約の効果たる権利義務内容を決定するところの利益調和の方法⁽¹⁾としては用いられないので、これとの対比では保険契約政策の特色⁽²⁾といふことができる。

(1) これについては、拙稿「保険契約法・保険契約と信義則」野津務先生追悼論文集（本年七月刊行予定）所収において述べている。

(2) 公法の分野においては、個人の利益と社会的利益との関係における調整の方法として、ここである社会的利益調和を基礎としてなす方法が用いられている（憲二九条参照）。

二 契約内容に関する政策

契約内容に関する政策は、契約の本質的構成部分に関するものと非本質的構成部分に関するものとに分けることができる。本質的構成部分とは、保険契約の成立上必ず存する部分ないし必ず存すべき部分のことであり、非本質的構成部分とは存することを要しない部分のことである。

(1) 本質的構成部分に関する政策

契約の本質的構成部分は、保険契約の要素の合意の効果である。これには、保険契約の要素の合意の直接的效果と、要素の合意から三段論法的に演繹される効果とがある。

契約内容に関する政策は、契約内容の変更政策か補充政策のいずれかであるが、契約の本質的構成部分に関する政策は変更政策である。何となれば、契約の要素は契約成立のための必要条件であって、これに関する合意の効果の補充政策はありえないからである。変更政策の方法は、当事者の一方に契約内容を変更することのできる権利を与えるか、それとも、変更権とはなじまない場合（本来契約が存しないところを存するようになる場合）には法律によつて直接に契約内容を変更するかである。なお、契約の本質的構成部分について有効に契約が成立するかぎりは、この部分が社会的不利益をもたらす場合はおそらくないであろう。ここで考察の対象とされている本質的構成部分に関する政策は、すべて、信義則を基準とするところの個人的利益調和を基礎とする政策である。

A 要素の合意の直接的效果に関する政策的立法

I 現行規定

協定保険価額減額請求権

保険契約の当事者は、契約を締結する際に合意によって契約の要素たる保険価額を協定することができ、その協定がなされたときには、当事者は協定価額に拘束され、これを保険価額として諸問題を決定すべきものとなる。しかし、協定保険価額によることが当事者の一方にとって著しく不利益であるときは、政策論からすれば、その者は相手方の同意なくして保険価額を変更できるとすることが、信義則上妥当である。当事者の一方にとって不利益である場合とは、具体的には、協定保険価額の範囲内で定めた保険金額が実際の保険価額を超過している場合であつて、この場合は保険者に不利に働く。すなわち、このような場合に事故が発生すると、協定保険価額を基準として損害額が計算されて事が処理されるとすれば、被保険者は実際の損害額以上の保険金を得ることとなる。そうすると、事故を偽装してまでも利得しようとの目的で、被保険者による事故誘発のおそれがある。かくては、給付反対給付の均等が破られる結果となるのである。しかし、保険金額が実際の保険価額をわずかに超過する場合にも保険価額の減少・変更を許すならば、保険価額の事後的評価の困難・紛争を避けるために価額を協定した意義が甚だしく減殺されることとなる。また、この場合は事故誘発の危険は少い。したがって、協定保険価額が実際の保険価額に比べて著しく過大なる場合において、保険金額が実際の保険価額を著しく超過するときに、協定保険価額の減額請求権を保険者にみとめるべきものとなる。⁽⁴⁾

商法は、右のような趣旨で、「当事者カ保険価額ヲ定メタルトキハ保険者ハ其価額ノ著シク過当ナルコトヲ証明スルニ非サレハ其填補額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ス」(六三九条)と定めているもの⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾と考へる。

(1) 締約時に保険価額が協定されていない場合であっても、当事者の意図は、締約時より保険事故発生時に至るまでの或る時点での保険価額ないし変動する保険価額を基準として法律関係を決するとの意であると解される。かかる意味に

において、保険価額に関する合意は本質的構成部分に属している。

(2) 分損の場合には、実際の保険価額を基準として損害額を計算すべきであろうか(西島「保険法」一八一頁は、分損のときは、協定保険価額が著しく過大であつてもそれとは無關係に現実の損害額について保険金が支払われる、とされている)。しかしそれでは、一貫性を欠くこととなる。

(3) 協定保険価額が著しく過当であるか否かの判断は、社会通念を基準とし(西島、前掲一八〇頁参照)、事故誘発のおそれがあるときとめうるか否かによる(伊沢「保険法」一六〇頁参照)。

(4) 協定保険価額の減少請求は、実際上は、事故発生前ではなく、事故発生後の保険価額を基準として保険金支払額が決定されることとなるであろう。この処理を前提としても、事故誘発を抑制する効用はある。蓋し、事故を誘発しても、被保険者は利得をしえず、また意図的な事故招致であることが発見・証明されれば、保険金を得ることができないからである。

(5) 保険者による填補額減少の請求がみとめられることの根拠について、利得防止のため(野津「新保険契約法論」四〇二頁、田辺「現代保険法」九九頁参照)、或いは損害填補の法則による(石田「商法IV(保険法)」六六頁)とか、これを減額しなければ賭博保険の弊を生ずるから公序政策的に当事者の合意の効力を制限する(大森「続保険契約の法的構造」一三四頁)といった説明がなされている。

利得防止・損害填補の法則からする説明は間違ひではない。しかし、保険者が減額請求することの動機、すなわち保険者が合意の効力を破ることについて利益を有することの説明としては十分ではない。正確にいえば、利得目的の事故誘発による保険者の不利益を避けしめるためということになるであろう(伊沢・前掲一五九頁では、填補額の減少は危険誘発を避けるためである旨が述べられている)。また、公序政策は敢えて根拠とするまでもない。むしろこれは、協定保険価額が著しく過当であつても保険者は減額請求しないとの旨の特約の効力の判定について問題とすべきことである。

(6) 協定価額が実際の保険価額よりも大であつても、保険金額が実際の保険価額を超えない場合は、被保険者の利得を生ぜず、したがつて保険者に不利益をもたらないので、本条は適用されないものと解する。大森・前掲一三五頁註五

は、このような場合にも保険者に減額主張をみとめる理由を合理的に説明することは困難であるとされている。

(7) 協定保険価額が実際の価額よりも低い場合には、保険者はそのことを証明して保険価額の増額を請求することができ、この場合は、保険金支払額は、協定保険価額を基準として計算するよりも実際の保険価額を基準とする方が、少くてすむ。しかし、保険者は保険価額の増額(填補額の減額)を請求しえないと解するのが一般のようである(伊沢・前掲一六〇頁は、賭博または事故誘発の危険がないことを理由とされ、田辺・前掲一〇〇頁、西島・前掲一八二頁は、被保険者が利得することはありえないことを理由とされ、また西島・同頁は、六三九条の文理解釈において「過少」を含むことは無理であるとされている)。惟うに、保険者は保険金額を基準として算出した保険料を徴収しているのに、保険金額以上の支払をしなかりは損失を被むることはない。協定保険価額を基準とする保険金支払額と実際の保険価額を基準とする保険金支払額とは、保険金額が同じで保険価額が異なる二つの保険契約における保険金支払額の違いに等しく、その差額は保険者の損失ではない。故に、たとえ立法論としてであっても、この場合において保険者に保険価額の増額請求権をみとめるべき理由はない。

II 立法論

「重要事実」発見の場合の保険料増額請求

保険料は契約の要素であり、その額は契約当事者の合意によって定められる。そして、保険者は約定された額以上の保険料を請求することができないのが原則である。したがって、告知義務の対象である重要事実の告知がなかったが保険契約者に重過失がなくて告知義務違反が成立しないときには、保険者が保険事故発生前にその事実を発見したとしても契約を解除することができず、従前どりの内容の契約の存続を承認せざるをえないこととなる。しかしこれでは、保険者にとっては、相対的に低額の保険料で危険率の高い契約を引受けたこととなり不利である。そこで、立法政策としては、保険者が保険事故発生前において重要事実を発見した場合、契約の存続を前提とし

て保険者は重要事実に対応する保険料の増額を請求しうるとし、保険金総額と保険料総額の均等をはからしめることが妥当である。⁽¹⁾⁽²⁾ かくしても保険契約者の利益を侵害することとはならない。締約時に重要事実が発見されていた場合に比べ、保険契約者にとって不利とはいえないからである。

(1) フランス法がこの趣旨をとり入れている。すなわち、事故発生前に告知義務違反の事実が発見されたとき、保険契約者の悪意が立証されなければ、保険者は保険料の増額請求権または契約の解除権を選択的に行使することができる。わが国でも、立法論としてこれを肯定する見解が多い。たとえば、田中(耕)「告知義務に於ける客観主義」法学協会雑誌五八卷一〇号三三頁、野津「保険法に於ける信義誠実の原則」(保険法論集第一卷)一三五頁、二一〇頁、小町谷「告知義務違反の効果(一)」法学新報五六卷一一号三頁、石井「改訂商法保険法有価証券法」四三頁、石田「保険契約法における告知義務」上智法学論集一〇巻三三頁などである。

(2) 告知義務違反がある場合には、保険者は、契約の解除権または保険料増額請求権を選択的に行使することができることとなる(なお、拙稿「告知義務、危険著増の効果と信義則」中央学院大学法学論叢三巻二号一五頁註一参照)。

B 要素の合意の演繹的效果に関する政策的立法

I 現行規定

イ 保険価額減少による超過保険

被保険利益は保険契約の要素・存在要件である。⁽¹⁾ そして保険価額は被保険利益の評価額である。したがって、保険契約は保険価額を最高限度とし、保険金額が保険価額を超過する部分については契約は無効とされることとなる。このことは、契約締結時における超過保険についてはもちろんのこと、契約締結後に保険価額の減少によって超過保険となった場合についても本来は同様である。⁽²⁾ しかしこれでは、保険価額減少後再び保険価額が高騰する場合、

これに対応することはできない。すなわち、その場合は、締結時の保険金額よりも少額の保険金額の一部保険となつて、保険契約者にとつて不利となるのである。

立法政策からすれば、保険契約者にとつてのその不利に対応を可能とすることが望ましい。すなわち、保険価額減少による超過保険を有効とする⁽³⁾とともに、保険契約者がその対応を欲しない場合について定めるのが妥当である。この場合の超過保険を有効としても、価額の減少は当事者の主観的意図とは無関係であつて事故招致の危険性は極めて少ないものと考えられ、また損害の填補が実損害額を限度として行われる(商六三八条一項参照)ことを前提とすれば、保険者の利益、危険団体の利益を害することはないといえる。

このような考えに基づいて、商法は、「保険価額力保険期間中著シク減少シタルトキハ保険契約者ハ保険者ニ対シテ保険金額及ヒ保険料ノ減額ヲ請求スルコトヲ得但保険料ノ減額ハ将来ニ向テノミ其効力ヲ生ス」(六三七条)と定めたものと思われ⁽⁴⁾る。

(1) 野津「新保険契約法論」三六八頁、三浦「補訂保険法論」九二頁、松本「保険法」七七頁、加藤「改訂海上被保険利益論」三五頁、今村「海上保険契約法論上巻」三三七頁、烏賀陽「商行為法」二〇一頁、鈴木「新版商行為法・保険法・海商法」七七頁、石井・前掲五六頁、田中(誠)「新版保険法」一四一頁、伊沢・前掲一三〇頁。

(2) 野津・前掲四〇九頁、田中(誠)・前掲一五二頁、伊沢・前掲一四〇頁参照。

(3) この結果、未評価保険において、超過保険として一部無効なりや否やを決定する基準となるのは何時における保険価額であるかの問題(これについては、田辺・前掲一〇四頁、「保険法の理論と解釈」六五頁以下参照)について、契約締結時を基準とすべきであるとする説と同様となる。

(4) 同条は、超過保険になつた場合にのみ適用されるとする見解(改正試案理由書三三頁は、改正試案六三七条の解釈

として、この立場をとっている。）と、超過保険にならない場合にも適用されるとする見解（西島・前掲一三一頁）とがある。また、超過保険にならない限度内における保険価額の減少の場合のみを対象としているのであり、超過保険になる場合には六三一条の適用がある、という見方もありうるであろう（大森「保険法」一〇七頁参照）。しかし、規定はできるかぎり有意義に解釈すべきであって、少くとも、超過保険になる場合を対象としているものと解すべきである。

ロ 保険の目的の譲渡

損害保険における被保険者は、その名称の特定・地位の特定等の定め方如何は別として、保険契約の存在要件である。そして、被保険者は被保険利益の主体であり、被保険利益は保険の目的によってになわれている。したがって、その論理上の帰結として、保険の目的の譲渡があるときは、譲渡人は被保険利益を失い、被保険者たる地位を失う。しかも、譲受人は、契約において被保険者とされているものとみられる場合を除き、被保険者ではなく、保険契約は被保険者を欠いて消滅することとなる。しかし、保険の目的の譲渡により、当然保険関係が消滅するものとすれば、譲渡人は保険料を浪費したことになる。実際上の需要からすれば、保険関係を存続せしめ、譲受人をして保険関係に立たしめ、その代わりに譲渡人がその対価を得るならば、一層経済的である。また保険者にとっては、保険関係が存続すれば、譲受人を得意先として取得することができるという便宜があるのである。

右のような利害関係の考慮によって、わが商法においては、「被保険者力保険ノ目的ヲ譲渡シタルトキハ同時ニ保険契約ニ因リテ生シタル權利ヲ譲渡シタルモノト推定ス」（六五〇条一項）と規定するに至ったのである。⁽¹⁾⁽²⁾

(1) 商法六五〇条一項の立法趣旨については、野津・前掲四二六頁、田中（誠）・前掲二〇二頁、大森・前掲一七六頁、伊沢・前掲二二二頁、二二二頁、西島・前掲二五三頁、石田「商法IV（保険法）」一四九頁等参照。

(2) 立法論としては、推定規定を改めて保険関係が当然移転するものとし、保険者と譲受人の双方に解約権を与えるべきである、とされている(野津・前掲四四一頁、大森前掲一七八頁、伊沢・前掲二二三頁、西島・前掲二五四頁、石田・前掲一五四頁)。損害保険契約法改正試案——以下改正試案と略す。——六五〇条は、この見解によっている。

II 立法論

超過保険の効力

保険契約締結時において保険金額が保険価額を超過しているときは、その超過部分については、当事者の善意・悪意を問わず、保険契約は無効である(商六三一条)⁽¹⁾。被保険利益は契約の要素であり、保険価額は被保険利益の評価額だからである。しかしこれでは、保険契約者が保険価額の高騰に備えて予め超過保険契約を締結しておきたいという実際上の要請が存する場合、これに応ずることはできない。立法論としては、この要請をみとめ、不法な利得目的がないことを要件として、締結時における超過保険を有効とし、保険契約者に将来に向っての保険金額および保険料の減額請求権をみとめるのが妥当である⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾。

(1) 商法六三一条の解釈論としては、善意悪意を問わないで、一部無効と解するのがわが国の多数説である(野津・前掲四〇九頁、大森・前掲一〇四頁、水口「保険法論」四八九頁、松本・前掲八六頁、田中(誠・前掲一五二頁、石井・前掲六一頁など)。ただし、西島・前掲一八六頁は、現行法の解釈論としても、保険契約者が不法の利得を得る目的で超過保険を締結した場合には、民法九〇条により契約全部を無効と解すべきであるとされている。しかし、この場合の不法目的はいわゆる動機の不法の問題であり(同旨、田中(誠・前掲一五三頁)、動機は表示された限りにおいては考慮されるべき(我妻「民法総則」二三八頁)であって、表示されない不法目的についても契約全部を無効とするには特別規定を要するものと考ええる。

(2) 立法論として、保険契約者側の主観的事実を区別しないで超過部分を一律に無効とする商法六三一条に対しては批

判が多い（野津・前掲四二二頁、大森・前掲一〇四頁、田中（誠）・前掲一五二頁、鈴木・前掲八〇頁、石井・前掲六一頁、田辺「現代保険法」一〇五頁、西島・前掲一八六頁、石田・前掲一一〇頁）。改正試案六三一条二項も、不法目的のない超過保険を有効とし、保険契約者に保険金額と保険料の減額請求権をみとめている。

（3）不法目的に基づいて契約が締結された場合に、立法論として、超過部分のみを無効とすべきか、契約全部を無効とすべきかの問題があるが、保険事故招致によって保険者の利益、社会的利益に重大な悪影響を及ぼすことを考慮すれば制裁のため、契約全部を無効とすべきである（田辺・前掲一〇五頁、石田・前掲一一〇頁は、契約全部を無効とすべきものとされている）。改正試案六三一条一項も、この場合には契約全部を無効とする旨を定めている。

（4）立法例として、超過保険が不法な財産的利得の目的に基づいている場合には契約全部を無効とし、不法目的に基づかない場合には当事者に保険金額および保険料の減額請求権をみとめるに止めるものもある。ドイツ保険契約法五一条、オーストリー保険契約法五〇条はこの立法主義によっている（なお、超過保険の効力に関する外国の立法例については、大森「保険契約の法的構造」二九七頁以下が詳しい）。

（2）非本質的構成部分に関する政策

契約の非本質的構成部分に関する政策は、契約の解釈によって確定される契約内容・契約の効果を補充する政策である。本質的構成部分以外の契約内容に関して、信義則に基づく契約の解釈によっても蔽うことのできないところを補う政策であるといえるであろう。

A 個人的利益調和を基礎とする政策的立法

I 現行規定

イ 危険著増の通知義務

保険期間中危険が保険契約者または被保険者の責に帰すべからざる事由に因って著増して、保険契約者または被

保険者が危険の著増を知ったときは、遅滞なく之を保険者に通知しなければならない（商六五七条二項）⁽¹⁾。

保険契約者または被保険者の危険著増の通知義務は、契約の解釈・保険契約の効果によるものではない⁽¹⁾。何となれば、危険著増の通知義務は危険著増の効果の問題であるが、危険著増の効果としては、契約の解釈によって、保険者に解除権または保険料増額請求権⁽²⁾がみとめられており、既に理論的には解決手段が用意されているからである。この場合は、当事者双方のいずれもが通知義務を意欲しているとは考えられない。すなわち、保険者が意欲しているとしても、保険契約者が意欲ないし了承しているとは考えられないのである。しかし、保険者が解除権または保険料増額請求権を行使するためには、危険の著増を知ることが前提となる。保険者が独力で危険の著増を知ることが甚だ困難である。利益調和の要請からすれば、保険者にこれらの権利の行使の機会を得せしめるために、危険の著増を知っている保険契約者側にその通知義務を負わせることが信義則に適っている。

そこで、商法は危険著増の通知義務を定めたものと考えられる⁽³⁾。すなわち、通知義務は、危険著増の確認が保険者にとって甚だしく困難であるという事実・特殊事情に着目して、契約解釈の限界を補うところの立法政策に基づいて定められたものである。

(1) しかし、伊沢・前掲一九九頁は、危険著増の通知義務は契約上の義務であると解されている。また、大森「告知義務」法学セミナー一九五八年一月号三八頁は、保険契約の射倖契約性に基づくとする趣旨である。

(2) 保険料増額請求権については規定上は定められていない。しかし、危険の著増は事情変更の原則が適用される場合であるから、その原則の適用の効果として、解除権のほか、給付内容修正権として保険料増額請求権が当然みとめられることとなる（拙稿・前掲四三頁参照）。

(3) 身元保証における使用者の通知義務（身元保証三条）も同様の考え方によるものと思われる。すなわち、身元保証

における事情変更は事情変更の原則が適用される場合であり（我妻「債権各論上巻」一七九頁参照）、その効果は解除権の発生である（身元保証四条）。しかし、保証人にとっては事情の変更を知ることが甚だ困難であり、使用者の方がそれをよく知っているので、立法によつて通知義務が定められたのである。

ロ 除斥期間による解除権の消滅

告知義務違反による保険契約の解除権は、契約の時より五年という除斥期間を経過したときは消滅する（商六四四条二項、六七八条二項）。除斥期間による解除権の消滅は、いうまでもなく、保険契約の効果ではなく、法によつて定められたものである。

告知義務違反の場合、永らく解除権が行使されずに不確定な状態に置かれるとき、保険契約者側の迷惑は甚だしい。立法政策上、保険契約者保護のためには、除斥期間を設けて権利関係を速やかに確定することが望ましい。

この場合解除権が消滅するとしても、除斥期間経過時までに、保険者は告知義務違反の事実の有無を調査する機会を十分に有しているであろうから、利害関係の調和を欠くとはいえず、また危険団体の利益を侵蝕する場合ではないと考えられる。そこで、商法は、解除権の除斥期間を定めたのである。⁽¹⁾

（1） 商法の規定の文理解釈としては、除斥期間たる五年内に保険事故が発生したか否かを問わないで、五年の経過によつて解除権が消滅すると解さざるをえない。しかし、立法論としては、五年内に保険事故が発生しないかぎり解除権が消滅することとなすことが妥当である（拙稿・前掲二四頁参照）。

ハ 保険者破産の場合の効果

i 保険契約者による解除 商法第六五一条本文は、「保険者力破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保険契約者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」と定めている。

保険者破産の場合における保険契約者の解除権は、保険契約本来の効果ではない。保険者の破産後に保険事故が発生すれば被保険者は法律上は保険金の全額を請求しうるのであるから、保険者が破産したからといって、契約締結当初の目的達成不能とすべき事情は存していない。したがって、本来は解除権をみとめる理由は存していない。

しかし、事実上は、保険者が保険金支払債務を完全に履行しうることは期待することはできず、保険契約者の地位は不安定である。利益調和の要請からすれば、保険契約者に解除権をみとめて、契約を存続せしめるか否かを選択せしめることが妥当である。そこで商法は、保険者破産の場合における解除権を保険契約者に与えたのである。

ii 契約の失効 商法第六五一条第二項によれば、保険者破産の場合において保険契約者が解除しないときでも、保険契約は破産宣告の後三ヶ月を経過したときは効力を失うこととなる。この場合における契約の失効は、いうまでもなく、契約本来の効果ではない。これは、保険契約者が保険者破産の事実の不知その他の事情によって契約解除をなしない場合があるので保険契約者を保護するためと、保険契約を迅速に終了せしめ整理の便宜を図ったものである⁽¹⁾。

(1) 野津・前掲三〇一頁、大森「保険法」二〇〇頁、菊井「増補改訂破産法概要」四〇頁参照。

ニ 保険契約者破産の場合の被保険者の保険料支払義務

商法第六五二条は、「他人ノ為メニ保険契約ヲ為シタル場合ニ於テ保険契約者力破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保険者ハ被保険者に対シテ保険料ヲ請求スルコトヲ得但被保険者力其權利を抛棄シタルトキハ此限ニ在ラス」と定めている。保険契約者破産の場合、他人のためにする損害保険契約における被保険者の保険料支払義務は、契約本来の効果ではない⁽¹⁾。被保険者は契約の当事者ではないからである。

保険契約者破産の場合には、破産法第五九条が適用されるとされている。⁽²⁾したがって、破産管財人はその選択にしたがい契約の解除をなしたまたは未払いの保険料債務を履行して保険者の債務の履行を請求することができる（破五九条一項）。そして、保険者は破産管財人に対し相当の期間を定めてその期間内に契約の解除をなすかまたは債務の履行を請求するかを確答すべき旨を催告することができ、破産管財人がその期間内に確答をしないときは契約は解除されたものと看做されることとなる（破五九条二項）。しかし、たとえ未払いの保険料債務が履行されて契約が継続したとしても、保険契約者破産後における保険料の支払いは不確実であり、保険者は不利な立場に立たされることとなる。それとともに、保険料支払義務不履行のために契約が解除されれば、被保険者は利益を逸することとなる。

そこで、他人のためにする損害保険にあつては、保険関係者の利益調和の見地からすれば、被保険者が保険金請求権を抛棄すれば保険料支払義務を免れることを条件として、被保険者にその義務をみとめるのが妥当である。このような考えに基づいて、立法によつて、保険契約者破産の場合における被保険者の保険料支払義務が定められたのである。

(1) 大森・前掲一六三頁、西島・前掲二二九頁は、被保険者の保険料支払義務は法が特にみとめた効果であるとされている。

(2) 野津・前掲三〇二頁、大森・前掲二〇二頁、菊井・前掲四一頁。

ホ 被保険者の損害発生通知義務

商法は、「保険者ノ負担シタル危険ノ発生ニ因リテ損害カ生シタル場合ニ於テ保険契約者又ハ被保険者カ其損害ノ

生シタルコトヲ知りタルトキハ遅滞ナク保険者ニ対シテ其通知ヲ発スルコトヲ要ス」(六五八条)と定めている。保険契約者および他人のためにする損害保険における被保険者は損害発生⁽¹⁾の通知義務を負っているのである。保険契約者の損害発生通知義務は保険契約の効果であるが、被保険者の通知義務は保険契約の効果ではない。被保険者は契約の当事者ではないからである。

しかしながら、他人のためにする損害保険において、保険者が保険契約者のみから損害発生⁽¹⁾の通知を受けるのは十分ではない。立法政策からすれば、信義則上被保険者に損害発生通知義務をみとめるのが妥当である。すなわち、利益調整の見地からすれば、保険者にとっては、損害の発生を最もよく知りうる立場にあるところの被保険者からその通知を受ければ、より迅速かつ正確に損害発生に関する事実を確認することができ(したがって確認のための費用が少なくてすむ)、将来なされる催告に対して速やかに対応することができるのであり、また、契約の存在を知っている被保険者にこの通知義務をみとめても不利益を与えることとはならないと考えられるからである。そこで商法は、被保険者の損害発生通知義務を定めたのである。

(1) 拙稿「保険法上の損害発生通知義務」新潟大学商学論集一五号二六頁参照。

II 立法論

保険金騙取に対する対応

保険事故の発生によって損害を生じたが、被保険者が、損害が実際のそれよりも大きいように故意に事実⁽¹⁾に工作を施し(たとえば、家屋の火災保険において焼跡に細工をするとか、約款によって事故・損害額の証明が要求されている場合に、証明者を買収して事実と異なる証明書を作成せしめるとかである。これに対して、被保険者自身が行う証拠書類の変造

は事実の工作ではない。)、そして過大損害額を保険者に報告・請求した場合においては、保険者が事実の工作を発見することができなくて、過大損害額について保険金を支払うこともありうるであろう。保険金が支払われれば、保険契約の効力は消滅する。したがって、過大保険金を支払った保険者の救済は、契約の限界を補う立法政策上の問題となる。その救済策として不当利得の問題を生じ、この場合被保険者は悪意の受益者であるから、民法第七〇四条が適用されることとなる。保険者は、民法第七〇四条による不当利得の返還請求にあたって、相手方の悪意および保険金の過大支払額を証明しなければならない。そのために、事実の工作および真正の損害額の証明が要求される。しかし、事実の工作ある場合は、いかなる程度にそれが行われたか、したがってまた真正の損害額を確認することは保険者にとって容易ではなく、一般的に、保険金の過大支払額の正確な証明は困難であるといえる。その証明ができれば、保険金の騙取が行われる結果となる。

そこで、立法政策論として、事実の工作に対する歯止めが必要となる。利益調整の見地からすれば、被保険者が事実の工作をして損害額を報告・請求した場合は、いささかたりとも事実工作の形跡があつて保険金騙取の意図がみられるときは、真正の損害額の証明の困難度如何を問わず、制裁として保険金請求権について「失権」とするの(1)(2)(3)が妥当である。

(1) 事実の工作の有無を問わず、過大損害額の報告によって、損害調査費用の増大があれば、損害発生通知義務(商六五八条)の違反の効果としての損害賠償責任の問題を生ずる(損害発生通知義務違反の効果が損害賠償責任の発生であることは、拙稿・前掲二三頁以下参照)。

(2) 火災保険普通保険約款二七条では、損害見積書に過大損害額を表示したときには、失権とする旨が定められている。大阪地判昭四二・五・一三は、火災損害明細書への過大損害額の記載について、実損害額以上の損害額を計上して保険

金を騙取しようとの意図があるものとみなしたうえで、約款の規定により、保険会社は填補責任を免れるとした。石田・ジュリスト四四五号一三二頁は、この判決を評釈され、その結論に賛成されている。また、改正試案六五八条の第三二項では、「損害填補責任の有無もしくはてん補額の確定を妨げる意図をもって」損害発生通知説明義務に違反したときには、保険者は損害填補責任を免れると定めている。

しかし、事実の工作がなくて、単に過大損害額を報告したときは、その主観的意図如何にかかわらず、全面的に失権とすべき理由はない（約款に失権とあるは、部分的失権のことと解すべきである。すなわち、保険者は損害発生通知義務違反による損害賠償額を保険金の額から控除しうることを意味している）。たとえ過大の保険金を支払っても、事実の調査に基づいて真正の損害額の確認を行うことが可能であり、不当利得の問題として処理しうるからである。

なお、保険金騙取の意図をもって過大損害額の通知・請求をした場合は保険者は免責されるとする見解と私見とは、その精神は同じである。私見は、この見解を一層具体化したものといえることができる。

(3) この立法論における制裁の具体的意味は、次の如くである。

保険者が保険金支払後に工作の事実を発見してこれを証明したときは、真正の損害額の証明をしなくとも不当利得返還請求により保険金の返還を請求することができる。保険者が保険金支払前に工作の事実を発見したが直ちに真正の損害額を確認することができない場合、その確認前は保険金の支払債務を履行しなくとも債務者遅滞とはならないものと解される（原則として、催告によって債務の同一性を認識していながら債務を履行しないときは債務者遅滞を生じうる。しかし、債務者遅滞の要件としては「履行の可能性なく」を要し、事実の工作があるがために真正の損害額を確認できない場合は履行は可能ではなく、そのことは保険者の責によっていないので、債務者遅滞を生じない。）が、更にすすんで、保険者は工作の事実を証明することによって保険金支払義務を免れることとなる。

B 社会的利益調和を基礎とする政策的立法

イ 残存物代位

商法は、「保険ノ目的ノ全部力滅失シタル場合ニ於テ保険者力保険金額ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ被保険者力其目

的ニ付キ有セル權利ヲ取得ス」(六六一条本文)と定めている。これは、いわゆる残存物代位に関する規定である。残存物についての被保険者の権利の保険者への移転は、もとより契約本来の効果ではない。保険契約者は、経済的利益関係からみて、契約において権利の移転を欲したとはみられないからである。この権利の移転は、政策的考慮に基づくものである。

保険の目的の全部が滅失して従前の経済価値が全滅すれば全損であつて、保険者は保険金額の全額を支払うべきものとなる。この場合、残存物があればそれについての被保険者の権利はその者にとって利得となる。これを放置すれば社会的利益との関係においては好ましくない結果となる。保険が不労の利得のための賭博的行為に悪用される危険があるからである。⁽¹⁾そこで、政策上、契約当事者である保険者に残存物の所有権を移転せしめて利得を防止するのが妥当である。

右のような考えに基づいて、残存物代位の規定が設けられたものと解する。⁽²⁾

(1) 大森・前掲一七九頁参照。

(2) 残存物代位の趣旨については見解が分れている。

第一説は、全損の発生が不明確ことに伴う実際上の不便を避けるために全損とみなして保険金額の全額を支払うものとし、残存物があればそれについての権利は被保険者の利得となるから、利得禁止のために権利を移転せしめるとする(野津・前掲二六二頁及至二六四頁、伊沢・前掲二九八頁、三〇四頁、大森「保険委付によつて移転する権利」一橋論叢三九卷二号一七頁、今村「海上保険契約法論」下巻五六六頁)。第二説は、全損に近い状態のとき、残存物の価値の評価が技術的に困難である場合に、その困難性を克服するために保険金額を支払うのと引きかえに残存利益を移転せしめて分損処理と同様の効果を挙げるのが代位制度であるとする(葛城「残存物代位によつて保険者が取得する権利」

「取得当時權利に付帶する負担も保險者に移轉するか——」損害保險研究三七卷一号一頁及至二七頁。第三説は、從前の經濟価値が全滅すれば全損であつて保險金額の全額を支払うべきこととなり、利得禁止のために、残存物があればそれについての被保險者の權利を移轉せしめるものとする（小町谷「海上保險法各論四」五八九頁）。私見は第三説によつてゐる。いずれにしても、残存物代位は政策的な制度である。

ロ 請求權代位

商法は、「損害カ第三者ノ行為ニ因リテ生ジタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ対シ其負担額ヲ支払ヒタルトキハ其支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ対シテ有セル權利ヲ取得ス」(六六二条一項)と定めてゐる。これは、いわゆる請求權代位に関する規定である。被保險者の第三者に対する請求權の保險者への移轉は、もとより契約本来の効果ではない。本来、第三者に対する權利は保險契約の内容・効果とは無關係であり、また保險契約者は、經濟的利益關係からみて、契約において權利の移轉を欲したとはみられないからである。この權利の移轉は、政策的考慮に基づくものである。

損害が第三者の行為によつて生じ、被保險者が第三者に対する損害賠償請求權と保險者に対する保險金請求權を有する場合において、被保險者が保險者から保險金の支払いを受けてもなお第三者に対する請求權を保有するならば、その權利は被保險者の利得となる。このことは、社会的利益との關係においては好ましくないことである。不勞の利得をみとめることとなるからである。そこで、利得防止のために、政策上、第三者に対する請求權が、支払われた保險金額の限度において、契約当事者である保險者に移轉するとするの(1)が妥当である。

右のような考えに基づいて、請求權代位の規定が設けられたものと解する。

(1) 請求権代位の趣旨については見解が分れている。

第一説は、被保険者の利得防止のためであるとし、かつ第三者の免責をみとめることはできないとする説である（野津・前掲二七一頁、田中（誠）・前掲一九二頁、石田「商法Ⅳ（保険法）」二〇五頁、鈴木「保険代位の根拠について」早稲田商学一八二号三五頁以下）。私見はこれによっている。第二説は、保険金が支払われればその額において損害賠償請求権は減縮され、被保険者の利得はありえないとし、しかし第三者を放置することはできないので、第三者に対する権利を保険者に賦与したものであるとする（倉沢「保険契約の法理」二二七頁以下、殊に二四二頁、一四五頁）。第三説は、第三者の損害賠償義務における損害は確定損害であるに対して保険者の損害填補義務における損害は蓋然損害であるとの考えに基づいて、請求権代位制度は、被保険利益減失額相当の保険金を給付するとともに、被保険者の第三者に対して有する損害賠償請求権を取得すべきことを内容とする、いわば履行不確実な損害賠償請求権を確実な保険金で肩代りするものであるとする（田辺「保険契約の基本構造」二四五頁以下、西島・前掲二二〇頁）。第一説、第二説によれば、第三者に対する権利を保険者が取得することは政策論に基づいており、第三説によれば請求権代位は契約に基づくこととなる。なお、第三説に対しては、第三者がまだ損害賠償の履行をしていないときでも被保険者は確定的に損害を被ったのであって、したがって保険者の填補義務が確定的に発生しているものとみるべきであり、この見解の前提に疑問があるとの批判がなされている（石田・前掲二〇六頁）。

三 契約締結に関する政策

A 個人の利益調和を基礎とする政策的立法

I 現行規定

保険契約者の告知義務

商法は、「保険契約ノ当時保険契約者力悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」（六四四条一項本文）と定めている。保険契約者の

事実を告げまたは不実の事を告げざるの義務を告知義務といい、この義務に違反すると解除によって保険契約の効力が失われるに至るのである。告知義務は、保険契約の効果ではない。何となれば、この義務は保険契約成立後のものではないからである。

保険者は、危険団体の内部において保険金の総額と保険料の総額との均衡をまとうするため、個々の保険契約を締結するにあたり、危険の測定をしなければならない。しかし、保険者みずからあらゆる調査をなすことは、多数契約たる保険の性質上、殆んど不可能である。かくては、不合理な危険が混入し、保険金総額が保険料総額よりも大となれば、その差額について、保険者は保険料以外の保険者自身の財源より保険金を支払わねばならないという不利益を被むることとなる。利益調和の要請からすれば、保険者の危険測定に関する不利ないし財産的不利益を避けるため、危険測定資料に近い立場にある保険契約者に告知義務をみとめるのが適当である。そこで、商法は告知義務を定めたのである。すなわち、告知義務は、信義則に基づく政策的立法によるものなのである。⁽¹⁾

(1) 拙稿「告知義務、危険著増の効果と信義則」中央学院大学法学論叢三卷一号九頁。しかし、大森「保険法」一一九頁、「告知義務」法学セミナー一九五八年一月号三八頁は、告知義務の根拠を保険契約の射倖契約性に求められている。

II 立法論

イ 被保険者の告知義務

他人のためにする損害保険契約における被保険者は、現行法上告知義務者として定められていない。では、商法上の解釈・保険契約の効果として被保険者に告知義務をみとめることができるであろうか。⁽¹⁾否定的に解する。告知義務は保険契約成立後のものではなく、また、被保険者は契約の当事者ではないからである。

しかしながら、立法政策からすれば、信義則上被保険者を告知義務者とするのが妥当である。⁽²⁾ すなわち、利益調整の見地からすれば、保険者にとっては、保険の目的・危険測定の資料を最もよく知りうる立場にあるところの被保険者から告知を受けることは甚だ有益であるとともに、少くとも契約の締結を知る被保険者に告知義務をみとめても不利益を与えることとはならないのである。

(1) 小町谷「海上保険法総論」一六八頁、一六九頁は、立法者の過失によって被保険者なる文句を脱落せしめたものと考え、この文句があるのと同様に解釈すべきであるとされている。これは、契約の解釈上被保険者の告知義務をみとめうとする趣旨である。これについては、拙稿・前掲二九頁参照。

(2) 拙稿・前掲三〇頁。

ロ 他保険契約の告知義務

他保険契約、すなわち、損害保険では同一の被保険利益について保険事故と保険期間を共通にする他社の保険契約、死亡保険では同一の被保険者について保険期間を共通にする他社の保険契約の存在が告知義務の対象となる重要事実であるならば、当然告知義務に関する商法上の規定がこれに適用されることとなるが、これは重要事実ではないと解される。⁽¹⁾ 何となれば、重要事実とは保険料算定のための危険測定の基礎たる事実であるに對して、他保険契約の存在は、危険を予測する基礎たる事実ではあるが、それは道徳的危険に関するものだからである。

しかしながら、他保険契約の告知義務がないとすれば、保険者がなす道徳的危険防止にとって不都合である。すなわち、保険者は道徳的危険防止のために締結した保険契約を監視することについて利益を有している。損害保険において被保険者によって故意に事故が招致された場合、また死亡保険において被保険者が保険金受取人等によつ

て殺害された場合に、事故、殺害が偽装されれば事故招致・殺害の立証が困難となるからである。保険金額が高額であればある程事故招致、被保険者の生命の危険があり、したがって、より注意して監視しなければならないこととなる。他保険契約が締結されていれば、その保険金額と自社の保険契約の保険金額の合計額は、当然自社の保険契約の保険金額よりも高額となる。したがって、保険者は他保険契約の保険金額の多寡如何にかかわらずその契約の存在を考慮に入れて、自社が締結した契約についてより注意して監視することについて利益を有し、場合によっては申出の保険金額より少額の保険金額で保険契約を締結し、または契約の締結を拒否しうる利益を有するのである。他保険契約の告知義務がなければ、保険者はこの利益をまっとうすることはできない。故に、利益調和の見地からは、立法論として、他保険契約の告知義務を定めて、告知義務違反の場合には、保険者が契約の解除等契約の効力を失わしめるといふ制裁を加えることが妥当であると考⁽²⁾⁽³⁾える。

(1) 野津「保険法に於ける信義誠実の原則」(保険法論集第一巻) 一一二頁、石田・前掲二九七頁、西島・前掲八三頁。しかし、三浦「告知義務論」二〇九頁、中西「損害保険の普通保険約款における告知義務」損害保険研究二七巻一号四九頁は重要事実としている。

(2) 他保険契約の告知義務を定めることが立法論として妥当であることは、拙稿・前掲三一頁でも述べてある。

(3) 改正試案六二二条の二は重複保険の通知義務を定めている。ただし、その義務の違反の効果は定めていない。

B 社会的利益調和を基礎とする政策的立法

生命保険における被保険者の同意

他人の生命の保険が死亡保険である場合には、契約の締結にあたって被保険者の同意を要する(商六七四条一項)。

被保険者の同意は保険契約の要素・成立要件ではなく、本来被保険者の同意がなくとも、保険契約は効力を生ずるはずである。しかし、無条件で他人の生命の保険の効力をみとめるならば、社会的利益を害する結果となる。すなわち、被保険者の生命の危険がある。それとともに保険契約が賭博化するおそれがある。⁽¹⁾すなわち、不労利得の風潮を促すこととなり、勤労による所得の獲得を中心とする社会の経済秩序に大きな脅威を与えることとなる。⁽²⁾社会的利益のためには、政策的見地からすれば、他人の生命の保険契約を締結するにあたっては被保険者の同意を要するものとし、これを保険契約の効力要件とするのが妥当である。⁽³⁾⁽⁴⁾これは、被保険者に異議のないことをもって、他人の生命の保険について懸念される弊害の生じないことを推断しうる、との立場に立つものである。そして、同意を要するとしても、それは保険契約者に不利益をもたらすものではない。すなわち、同意を要するとしても、締結前に比して、契約締結によって保険契約者に何らの不利益を生ずるものではないのである。そこで商法は、他人の生命の保険契約の締結にあたっては、被保険者の同意を要すると定めたのである。

(1) 他人の生命の保険契約を無条件で許した場合の弊害については、野津「新保険契約法論」六三四頁、大森「保険法」二六七頁、青谷「全訂保険契約法論Ⅰ（生命保険）」一一二頁、伊沢・前掲三四三頁、田辺「現代保険法」二六一頁、西島・前掲三四頁等参照。

(2) 大森「保険契約の法的構造」一四九頁参照。

(3) 被保険者の同意が保険契約の成立要件ではなく、効力要件であることについては、野津・前掲六三八頁、大森「保険法」二七〇頁、青谷・前掲一一八頁、伊沢・前掲三四六頁、西島・前掲三五七頁、石田・前掲二八二頁等参照。

(4) 他人の死亡の保険契約に対する制限の立法例として、この他、保険金受取人が被保険者の生存に利益をもつことが必要であるとする利益主義、保険金受取人たるべき者を被保険者の相続人または親族に限るとする親族主義がある（こ

これらの立法例については、野津・前掲六三四頁、大森・前掲二六七頁、青谷・前掲一二二頁等参照）。利益主義については、何を以て利益とするかという問題があり、契約の効力を決すべき客観的標準として不適当であり、また、利益は契約締結時に存するをもつて足りるものとすれば、爾後それが消滅した場合に弊害を生ずるという欠点がある。親族主義は、債権者が債務者の生命について保険契約を締結する取引上の需要を充しえないという欠点がある。

第二節 その他の政策

契約自由の原則以外の一般的理論・事物の本質の補正策としては、次のような制度がある。⁽¹⁾

(1) 立法論としては、強行規定の指定規定を設けるかの問題がある。いわゆる半面的強行規定であれ絶対的強行規定であれ、強行規定の指定は、私見においては、約款条項・契約条項が信義則に反していることの証明の煩わしさから契約関係者を救うという政策的意味をもつてはいるが、強行規定か否かは信義則を基準とする解釈に委ねる方がよいであろう（拙稿・前掲三五頁註二、三参照）。

イ 遡及保険

保険契約の要素たる保険事故は、その要件として、理論上は、その発生が締約時において客観的に不確定であることを要し、既に発生が確定している事故は、保険事故たりえないのである。⁽¹⁾ 何となれば、保険は通常将来の経済的需要に備える制度だからである。⁽²⁾ 殊に損害保険にあつては、事故が既に発生していれば、被保険利益の全部もしくは一部に欠損を生じており、仮に発生が確定している事故をも保険事故とするならば、被保険利益の存しないところに契約をみとめることとなる。被保険利益は保険契約の要素であるから、このようなことはみとめられないのが建前である。したがって、理論上、事故の発生が確定しているときは、その事故についての保険契約は成立しえ

(3)(4)(5)
ないこととなる。

しかし、右の理論によれば、保険期間の開始時期を締約前に遡らせ、過去の事件についても保険を利用したいという実上の要請——殊に海上保険においての遡及保険に対する要請——が存する場合、これに応ずることはできない。遡及保険に対する実上の要請からすれば、政策上、これが有効に成立しうるとするのが妥当である。客観的に確定している事実を保険事故とする契約を有効としても、当事者および被保険者の主観的不知を要件とするかぎり、これが悪用される弊害はなく、保険者の利益、危険団体の利益が害されることはない。そこで商法は、遡及保険が原則として有効であることを前提として、「保険契約ノ当時当事者ノ一方又ハ被保険者力事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知レルトキハ其契約ハ無効トス」(六四二条)と定めたのである。⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) 水口・前掲二〇七頁、粟津「日本保険法論」一四七頁、伊沢・前掲一一五頁。

(2) 野津・前掲一九六頁、伊沢・前掲一一六頁。

(3) 水口・前掲二〇八頁が「既往に於いて発生したる事故は確定事故なるを以て保険契約の目的に付き生ずる事故に付き保険者をして責任を負担せしむる内容を失へるものなるを以て契約成立し得べきにあらず」とされているのも同旨である。

(4) スイス保険契約法九条、フランス保険契約法三九条は、いずれも理論通りに、当事者の主観如何を問わず、契約当時、事故の発生または不発生の確定したときは、契約を無効としている。

(5) 野津・前掲一九五頁は、事故が契約当時既に発生している場合は保険契約は理論上は有効であり、無効とすべきは政策論によるとの趣意のようである。そこでは、事故が既に発生している場合において保険契約が理論上有効であることの根拠として、民法一三一条一項が挙げられている。しかし、本規定が「条件力法律行為ノ当時既ニ成就セル場合ニ於テ其条件力停止条件ナルトキハ其法律行為ハ無条件トシ」というのは、「過去における一定の事実が存すれば効力を発

生せしめるとの旨の法律行為において、既にその事実が存していれば、法律行為はそれがなされた時点で効力を発生する」との意味であつて、事明の理が定められているのである。保険契約が、理論上、保険事故が既に発生していても保険金を支払うところの契約であるとの前提があれば、民法一三一条一項はそれを援護する根拠となりうるであらうが、保険契約が理論上そのような契約であるか否かを問題とするときに、その規定は何ら根拠とはならないのである。

(6) この結果、保険事故の偶然性は、客観的不確定性ないし主観的不可測性を意味することとなる。

(7) 保険契約者、被保険者は事故の発生を知らないが、保険者のみがそれを知っているとき、立法論として契約を有効とすべきかという問題がある(西島・前掲一〇〇頁、石田・前掲九五頁は有効とすべきであるとされている。改正試案は無効とすべきであらう(野津・前掲一九七頁参照)。たとえば、締約代理権を有する損害保険会社の外務員が事故の発生を知りつつ加入をすすめて契約が締結された場合である。

(8) ドイツ保険契約法二条によれば、締約時において保険契約者が保険事故の発生を知っていたときは、保険者は給付義務を免れる。そして、保険者がそれ知らなかったときは、知るに至った保険料期間までの保険料請求権を有する。わが改正試案六四二条もドイツ法にならったものと思われる。この点に関するドイツ法における法律構成は、日本法における法律構成といかなる違いがあるであらうか。日本商法では、事故の発生を知っているときは理論通りに無効とし、保険料の返還については六四三条によるとの法律構成がとられている。

右のドイツ法については、一応二つの法律構成が考えられる。すなわち、保険契約者が事故の発生を知っているときも契約は有効であり、したがって保険者は保険料請求権を有するが、特に保険者は給付義務を免れるとした法律構成によるものか、それとも、契約は無効であり、したがって給付義務を免れるが、特に制裁のために保険料請求権を与えるとした法律構成によるものである。そもそも遡及保険は事故の発生を知らないときに政策的に有効とするところのものであつて、知っているときには理論を適用するのが当然である。したがって、後者の法律構成によるべきものと考ええる。しかるときは、わが現行商法の立場と殆んど違いはないこととなる。ただし、保険料未払いの場合は異なる。わが商法によれば保険者は保険料を請求しえないのに対して、ドイツ法、改正試案では請求することができる。その点、

立法論としては、後者の方が優れていると考える。

(9) 商法六四二条は、遡及保険のみならず、契約締結の時点から保険期間の開始する将来保険についても適用されることとする見解がある(田辺・前掲八七頁は、現行商法六四二条の解釈としては、遡及保険のみを認めるものとは解しえないように思われる、とされている)。しかし、将来保険についても適用があるとすれば、既に事故の発生によって目的物が滅失していても当事者および被保険者が事故の発生を知らないでその目的物について保険契約を締結した場合には、その契約は有効であつて保険者は保険料を取得できることとなる。このような場合は、保険者の危険負担は存しえず、保険契約は無効と解すべきである(石田・前掲九五頁参照)。

(10) もっとも現今では通信設備の整備に伴い、遡及保険をみとめる必要性は減少し、殊に陸上保険においてはその必要性はあまりない。約款によつて、当事者、被保険者の知・不知を問わず、契約成立の当時に既に保険事故が発生している場合は契約は無効であると定めてもよいと解される。

ロ 契約無効と保険料

保険契約の無効の場合には、一般原則からすれば、保険者は受取った保険料を不当利得として返還しなければならぬ。しかし商法第六四三条は、「保険契約ノ全部又ハ一部力無効ナル場合ニ於テ保険契約者及ヒ被保険者力善意ニシテ且重大ナル過失ナキトキハ保険者ニ対シテ保険料ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得」(六八三条一項により、生命保険に準用される。)とし、契約無効原因について保険契約者または被保険者に悪意・重過失があるときには、保険契約者は保険料の返還を請求することができない旨を定めている。この規定は、悪意・重過失のある保険契約者、被保険者に制裁を加えることを趣旨としていとされている。⁽¹⁾ 制裁の意味は、保険契約が無効とされる二つの類型的場合について、一方におけるものは他方におけるものと幾分異なっている。その二つの場合といふのは、第一は、契約を有効とすれば社会一般の利益、社会秩序に悪影響を与える場合ないし契約内容が反社会的

であるが故に無効とされる場合であり、第二は、反社会性以外の理由によって無効とされ、かつ仮に有効としても社会一般の利益を害するとは考えられない場合である。前者には、被保険利益が不適法である場合の保険契約、超過保険契約⁽²⁾、被保険者の同意を得ていない他人の生命の保険契約の無効等が含まれる。後者には、事故の確定を知っているときにおける遡及保険契約の無効が属している。⁽³⁾ 前者についての制裁は社会的利益調和を基礎とする政策によるものであり、後者についての制裁は個人的利益調和を基礎とする政策によるものである。

先ず、右の第一の類型の反社会的保険契約にあって、保険料の返還を請求しえないのは、不法原因給付の問題である。⁽⁴⁾ 不法原因給付を定める民法第七〇八条は、社会的に非難される行為をした者が、その行為による損害を回復しようとすることに對して、制裁としてその回復を拒否し、もつて反社会的行為を防止しようという政策の達成を期待するところのものである。⁽⁵⁾ すなわち、給付を返還すると反社会的行為が増加し、社会的不利益をもたらすおそれがあるがために、給付を返還しないとするものである。そこにあつては、個人的利益関係においては給付が返還されない当事者にとって不利益ではあるが、社会的利益との比較考量において社会的利益重大と判断されているのである。

商法第六四三条では、無効原因・不法原因についての保険契約者側の主観的事情が問題とされている。不法原因給付となるためには、客観的に給付が不法原因ありと認定されるをもつて足りるとする見解と、主観的に不法の認識またはその可能性のあることを要するとする見解があるが、⁽⁶⁾ 商法第六四三条は後者の見解によつたということとなる。そして輕過失を除いたのは、それを含むと保険契約者側に酷であると考えたからであらう。

次に、遡及保険が無効である場合において、保険料の返還を請求しえないことが制裁であることの意味は斯うで

ある。仮に、保険契約者が事故発生について悪意であっても保険料を返還すべきものとすれば、どのような結果がもたらされるか。保険契約者にとって、契約締結費用を支払うべきことは当然のこととして、保険料が返還されれば元々となる。無効原因が発覚しなければ確実に損失を回復するという誘因と相まって、既に発生している事故についての遡及保険契約の締結が増大するものと考えられる。そうすると、保険者にとっては無効原因を発見・証明しえないリスクが増大し、したがって保険者が不利益を被むるおそれが大となる。そこで、政策的に、そのような契約の締結の増大を阻止するために、保険契約者が悪意のときは保険料の返還を請求しえないものとしているのである。⁽⁷⁾

ところで、商法第六四三条では、保険契約者のみならず被保険者(生命保険では保険金受取人)の主観をも問題としている。これは如何なる趣旨か。保険契約者の主観のみを問題とすれば、悪意の被保険者たる者がまったく事情を知らない者を保険契約者としてこれに保険料を提供し、無効の契約を締結せしめた場合は、保険者は保険料を返還しなければならぬことになる。すなわち脱法手段が弄されるおそれがある。そこで、被保険者の主観をも問題としているのは、このような脱法手段を封じるためであると考えざるをえない。⁽⁸⁾

以上の如く、商法第六四三条は、反社会的保険契約が無効とされる場合と、遡及保険が無効とされる場合とを併せて定め、制裁を趣旨とし、一定の要件の下に、保険契約者は保険料の返還を請求しえないものとしているのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

(1) 大森・前掲一五九頁、今村・前掲上巻二四五頁、青谷・前掲三九九頁、西島・前掲一二二頁。

(2) 不法目的ある場合に超過保険を無効とするとの立法論においては、その超過保険が社会一般の利益を害することの意味は一層明確である。

(3) 保険契約者が事故の確定を知っているときに、仮に契約を有効としても、保険者の利益、危険団体の利益は害するが、社会一般の利益を害することとはならない。損失回復を確実になしうる場合であって、不労利得の場合ではないからである。

(4) 野津・前掲三五六頁は、被保険利益の不適法であるがために保険契約が無効である場合に保険料の返還を要しないことについて、民法七〇八条を根拠とされている。また、青谷・前掲三九九頁は、商法六四三条は民法七〇八条に基づくことを趣旨とされている。

(5) 谷口「注釈民法(10)」六三六頁(谷口知平編)参照。

(6) 谷口・前掲六三七頁参照。

(7) 過失によって事故発生を知らないときは遡及保険は有効であり、保険者は危険負担の対価として保険料を取得することができる。したがって、商法六四三条の「善意ニシテ且重大ナル過失ナキトキハ保険者ニ対シテ保険料ノ……返還ヲ請求スルコトヲ得」ないしその反面解釈である「悪意・重過失あるときは保険者に対して保険料の……返還を請求することができない」における「重過失」は、遡及保険が無効である場合の制裁問題については意味がない。

(8) 被保険者が保険契約者に保険契約の締結を委任し、保険料を提供している場合において、被保険者が不法原因について重過失であるとき、被保険者の保険契約者に対する保険料の提供については不法原因給付が問題となりうるであろうが、保険契約者が善意で重過失がなければ、保険者と保険契約者との関係においては、保険者が保険料の返還を要しないとするこの理由を見出すことは困難である。立法論的に考慮を要すべきところである。

(9) 保険者が無効原因を知っている場合においても、保険料の返還を請求しえないかという問題がある。保険料の支払が不法原因給付に該するとき、保険者が不法原因を知る知らないにかかわらず、保険料を返還請求しえないことは当然である(大森・前掲一六〇頁、西島・前掲一二三頁)。また、遡及保険にあつて保険者が事故の発生を知っている場合にあつても、制裁の趣旨を徹底するために、返還を請求しえないものと解する。

(10) 保険契約者に錯誤があつて契約が無効である場合(たとえば、船舶の価値保存の利益について保険契約を締結する意思をもって、運送貨保険の契約を締結した場合)、また、被保険利益がまったくなくて契約が無効とされる場合は形式

的には商法六四三条が適用されうるが、制裁を加えるべき理由は存しない。この場合は、保険者が契約締結費用を取得できるとするに足り、立法論として考慮を要するところである。改正試案六四三条は、被保険利益がまったくなくして契約が無効とされる場合について妥当な解決をはかっている。

(11) 保険者が無効原因を知らない場合、保険者は未払いの保険料を請求しうるか。解釈論として請求しうるとする見解（大森・前掲一五九頁）があるが、無理であろう。立法論としては、保険の社会的信用を維持するため、或いは保険者が損失を被むるリスクを回避するため、制裁を強化し、保険者が不法原因・事故の発生を知った時の属する保険料期間の終りまでの未払いの保険料を請求しうることを定めるべきである。改正試案は、超過保険が無効である場合と、重複保険が無効である場合について、保険者は無効を知った時の属する保険料期間の終りまでの保険料を取得することができ、ることを明確にしている（六三一条一項、六三四条二項）。

ハ 時効

商法第六六三条は、保険金支払義務、保険料返還義務および保険料支払義務の消滅時効期間を定めている。消滅時効制度は、永年権利が主張されないという事実状態を基礎として、権利義務関係の証拠保全の困難を救うこと、権利を主張しない者は権利を失ったとしても止むをえないことなどを理由として、真実の権利義務関係に合致するものかどうかを問わないで、権利義務が存在しないとするものである。

あとがき

(1) 以上において、保険契約法における政策的立法——その全てではないが、主要なもの——について考察した。

これを通じて印象を強めたことは、法の觀察にあたつては、理論とその補正策たる政策の峻別に留意しなければならないということであつた。政策を意識することなく、本来政策であるところのものが理論に組込まれていると誤解するならば、理論を不明確とし、或いは歪めることとなるのである。⁽¹⁾

(1) Holmes "The Path of the Law," Collected Legal Papers" p.164も次のようにいつている。「裁判官が政策の考慮をとりあつかうことを嫌惡する結果は、判断のまさに根底であり基本であるものを不明確なままにすることになり、また、それらを意識させないことになるおそれがある」と(井上「法規範の分析」一三〇頁において適切な訳がなされており、これを用いさせていただいた)。

(2) 理論と政策とは峻別されなければならないことを痛感したのは、殊に、超過保険の効力ないし被保険利益の位置づけについてである。保険価額減少の場合における超過保険が有効とされていることとか、不法な利得目的がないことを要件として締約時における超過保険を有効とみとめるのが妥当であるとかの政策論を含めて原則論を立てるならば、「超過保険は原則として有効である。ただし、信義則・公序良俗に反する場合は無効である。」すなわち、「被保険利益がなくとも、信義則・公序良俗に反しなければ、保険契約は有効である。」との命題をうることができる。このことと、「被保険利益があれば、保険契約は公序良俗に反せず有効である。」という命題が立てられるならばこれより、「被保険利益は、保険契約が公序良俗に反しないことの徴表としての要件であるにすぎない。」といった原則論が立てられることとなるであらう。周知の如く、大森博士は、被保険利益の概念について、このような見解——相對説とか徴表論と呼ばれている。——を主張されているところである。⁽²⁾

徴表論は、公序良俗適合性の概念体系の中に被保険利益概念を組入れている。しかし、被保険利益と公序良俗適

合性とは、異なった概念体系に属するものである。一般的に、契約内容の決定手続として、①契約の解釈による契約内容の確定(契約目的の確定)、②契約内容の効力判定が行われる。前者は契約内容の客観的確定、後者は契約内容の価値判断的確定といふことができる。被保険利益は、損害保険契約の内容決定において、契約内容の客観的確定・契約目的の確定に関する基準である。⁽³⁾すなわち、被保険利益は契約の要素・存在要件(締約時は成立要件)であり、⁽⁴⁾この存否を一つの基準として契約の存否が判断される。もっとも、被保険利益が存在しなくとも、政策規定によって契約が存在するとされる場合もある。そして、契約が存在する場合には、被保険利益に関する合意の効果は契約内容となる。その合意の効果とは、保険契約の個別化(他の保険契約との区別)であり、また、損害額算定の基礎・保険金の額の算定の基礎となること(このことは、被保険利益の評価額である保険価額、およびそれと保険金額との関係によって具体化する)である。⁽⁵⁾他方、公序良俗適合性は契約内容の効力判定に関する基準である。

そこで、徴表論のいうように、被保険利益を効力判定基準に組入れるとどのような結果となるか。この見解は、被保険利益を考慮に入れないで契約成立の判定を行い、しかるのちに効力判定を行うとの論旨である。すなわち、保険契約は個別化されなくともよい、また、損害額算定の基礎・保険金の額の算定の基礎は存在しなくともよい、ということである。しかし、保険契約が個別化されないとか、保険金の額の算定の基礎が存在しないというのでは、そもそも契約の目的は確定されず、契約は成立しないこととなり、効力判定自体が無意味となる。⁽⁶⁾⁽⁷⁾したがって、「被保険利益は、保険契約が公序良俗に反しないことの徴表である。」と考えるはならないのである——政策論をとり入れて原則論を立ててはならないのである。

(一) 遡及保険についても、政策論をも含めて原則論を立てれば、「事故の客観的発生の場合も原則として契約は成立する。

ただし、契約当事者 被保険者が事故の発生を知っていれば契約は無効である。」ということとなり、したがって「被保険利益がなくなるとも、信義則・公序良俗に反しなければ、保険契約は有効である。」との命題が立ちうることとなる。

(2) 「保険契約の法的構造」八一頁以下(殊に一二二頁)、「続保険契約の法的構造」一頁以下。なお、「保険法」七三頁参照。

(3) 一般に、被保険利益の要件の一つとして、適法であることを要するという説明がなされている。しかし、被保険利益の適法性は、契約内容の効力判定基準として位置づけるべきである。蓋し、適法であるか否かは、契約内容の客観的確定そのものとは無関係だからである。大森「保険法」七〇頁註四は、「正確に言えば、被保険利益自体には必ずしも適法も不法もないのであって、これを保障することが、全体的に見て、違法ないし反公序良俗的」とみとめられるか否かの区別があるだけであると考ええる。」と述べられている。

(4) 被保険利益は、契約の存在要件であって効力要件ではない。超過保険における超過部分については、正確に言えば、「無効である」ではなく、「契約は存在しない」とされることとなる。もともと、契約成立時において、利益は必ずしも現存することを要しなく将来の利益であってもよいが、利益の存在が社会通念上客観的に確認されうることを要することはいうまでもない。

(5) 被保険利益が保険契約を個別化し、保険金支払の標準となることについては、野津・前掲三七〇頁乃至三七二頁、伊沢・前掲一三三頁、一三四頁、石田・前掲八八頁、八九頁参照。

(6) 野津・前掲三四五頁、四一三頁および序文一頁、二頁が、徴表論に対して批判されているところを参照した。

(7) 仮に徴表論が、被保険利益の機能として、保険契約の個別化機能、保険金の額の算定機能をみとめるならば、それは、被保険利益が契約目的の確定に関する基準であることをみとめているということであり、効力判定基準に組入れるような見解を述べてはならないのである。